

# Exception culturelle et droit communautaire

Numéro spécial  
Europe



L'ACTION CULTURELLE

ess  
iisse  
ou  
lisse  
en



NUMÉRO 48 - juin 2013

Votre lettre d'information est diffusée dans le cadre de l'abonnement à l'ouvrage : *Manager vos projets culturels.*

# La liberté d'expression artistique

**Cette liberté, imposée par les traités européens, a été largement consacrée par la jurisprudence communautaire. En France, la vision interventionniste du ministère de la Culture se doit d'intégrer ces normes juridiques, énoncées par la législation européenne et qui ont parfois pour origine la Déclaration française du citoyen de 1789.**

## La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH)

« La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun » (*Handyside contre Royaume-Uni*, 1976).

Cette position, clairement affirmée par la Cour, est fondée sur l'article 10 de la Convention selon lequel : « Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. »

La CEDH a considéré que cette disposition protégeait également la liberté d'expression artistique<sup>(1)</sup>.

Le législateur communautaire considère (considérant 40 de la directive « Services » de 2006) que la notion de « raisons impérieuses d'intérêt général » couvre « la protection [...] des objectifs de politique culturelle, y compris la sauvegarde de la liberté d'expression de différentes composantes ». Elle ne doit être mise en œuvre que pour défendre cette liberté.

## La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

Signé et proclamé par les présidents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission lors du Conseil européen de Nice le 7 décembre 2000 (*JOUE* 2000, C 364), ce document intègre la liberté d'expression, mais consacre également la liberté artistique de façon autonome en ce qu'il énonce à son article 13 que « les arts et la recherche scientifique sont libres. La liberté académique est respectée ».

L'article 6 du traité de Lisbonne, qui a force obligatoire en France depuis le 3 décembre 2009<sup>(2)</sup>, donne aux dispositions de la Charte une valeur juridiquement contraignante.

Le Parlement européen a précisé que : « La liberté des arts et des sciences et la liberté académique sont issues des libertés de pensée et d'expression. Elles reçoivent dans la Charte une consécration spécifique, qui ressort du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (article 19.2), et a été dégagée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Les libertés énoncées doivent s'exercer dans le même cadre limitatif que la liberté d'expression, prévue par l'article 10.2 de la Convention européenne des droits de l'homme. »

## La production et la diffusion de spectacles relèvent de l'exercice de la liberté d'expression artistique

En France, la liberté d'expression est encadrée par la loi du 29 juillet 1981 sur la liberté de la presse qui énonce un principe de liberté et exclut toute censure préalable. Elle est de plus protégée par la Constitution. C'est sur ce fondement que le Conseil constitutionnel a récemment rappelé que « les dispositions du Code de l'environnement instituant un régime d'autorisation administrative préalable pour l'installation de certains dispositifs de publicité extérieure ; ces dispositions n'ont pas pour objet et ne sauraient avoir pour effet de conférer à l'autorité administrative saisie d'une demande sur leur fondement d'exercer un contrôle préalable sur le contenu des messages publicitaires qu'il est envisagé d'afficher ; que, sous cette réserve, ces dispositions ne portent aucune atteinte à la liberté d'expression<sup>(3)</sup> ».

Cela concerne notamment les publicités de dimension exceptionnelle apposées sur les bâches lors de la réfection de monuments ou à l'occasion d'événements.

Pour autant, un court regard sur les spécificités françaises en matière de mise en pratique du droit de la culture suffit à observer que le ministère concerné, depuis sa création, s'est développé en s'affranchissant largement de la norme juridique, et notamment en utilisant très largement les associations selon la loi de 1901.



# L'« exception culturelle » est-elle compatible avec le droit de l'Union ?

opinion

**Roland Lienhardt, avocat au barreau de Paris, rédacteur en chef de *La Lettre de Nodula*, confronte tout au long de ce numéro la mise en pratique de l'exception culturelle française à la législation européenne.**

Nul texte ne définit l'exception culturelle. Cette notion est consacrée en droit international. Les secteurs culturels ont été jusqu'à ce jour exclus des accords réglementant le commerce international et font régulièrement l'objet d'après négociations entre l'Europe et les États-Unis. En droit communautaire, les traités excluent des règles de libre concurrence les services de communication audiovisuelle et la production audiovisuelle. Mais il s'agit alors d'une exemption culturelle, pas d'une exception.

Pour le reste, on cherchera désespérément le moindre texte législatif faisant référence à cette notion. La convention Unesco sur la diversité culturelle consacre au contraire la mort de l'exception culturelle à la française.

On a inventé le concept d'*association à but non lucratif* et celui d'*exception culturelle* en croyant que cela autorisait le discrétionnaire (la subvention) et l'absence d'obligation de respecter l'ordre juridique. Mais dans une république, de surcroît laïque, la foi ne peut remplacer la loi.

La France, ayant choisi de faire partie de l'Europe, en étant à l'initiative de celle-ci, n'a réussi à imposer son exception culturelle à aucun des vingt-six autres États de l'Union. C'est au contraire la France qui aujourd'hui doit rendre des comptes à ses citoyens et appliquer non seulement les normes européennes, mais tout simplement des normes compatibles avec un État de droit.

La culture ne peut plus rester un État de non-droit. L'État démocratique ne peut pas se comporter en prince autocratique. En effet, dans un État de droit, il ne saurait y avoir de politique publique sans respect de la règle de droit et contrôle possible des tribunaux sur l'application de la règle de droit.



L'intervention de l'État s'arrête donc en principe là où le contrôle du juge n'est plus possible.

(1) CEDH, 3 mai 2007, 34797/03, *Ulusoy et autres c/Turquie*.

(2) Décret n° 2009-1466 du 1<sup>er</sup> décembre 2009 portant publication du traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007, et de certains actes connexes, *JORF* du 2 décembre 2009, p. 20706.

(3) QPC 2012-282 du 23 novembre 2012.



# La réglementation européenne des aides d'État

« Sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État, sous quelque forme que ce soit, qui faussent ou menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions. » (Article 107 du Traité sur le fonctionnement de l'UE)

## Cette interdiction de principe ne concerne que les entreprises ou productions

La Cour de justice a, de façon constante, défini les entreprises comme des entités exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de ces entités et de leur mode de financement<sup>(1)</sup>. C'est la nature de l'activité exercée qui détermine le fait qu'une entité peut être ou non qualifiée d'entreprise. Que l'entité ait été créée à des fins lucratives ou non lucratives n'est d'aucune incidence au regard de cette analyse.

Pour clarifier la distinction entre activités économiques et activités non économiques, la Cour de justice a jugé de façon constante que constitue une activité économique toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné<sup>(2)</sup>.

La plupart des services dans le domaine culturel constituent des entreprises, à l'exception des établissements d'enseignement public. Les associations culturelles qui organisent des productions, des représentations, vendent des billets ou cèdent leurs spectacles sont des entreprises au sens du droit communautaire. Elles sont d'ailleurs des entreprises commerciales au sens du Code de commerce français. La jurisprudence de l'Union a établi que l'enseignement public organisé dans le cadre du système d'Éducation nationale financé et supervisé par l'État peut être considéré comme une activité non économique. À cet égard, la Cour de justice a précisé que, « *en établissant et en maintenant un tel système d'enseignement public, financé en règle générale par le budget public et non par les élèves ou leurs parents, l'État n'entendait pas s'engager dans des activités rémunérées, mais accomplissait sa mission dans les domaines social, culturel et éducatif envers sa population*<sup>(3)</sup> ».

Ces principes peuvent concerner des services

d'enseignement public tels que la formation professionnelle, les écoles primaires publiques et privées et les écoles maternelles, les activités d'enseignement exercées à titre accessoire dans les universités et les cours dispensés dans un établissement d'enseignement supérieur.

Par contre, les services d'enseignement proposés, en raison de leur nature, de leur structure de financement et de l'existence d'une offre privée concurrente, doivent être considérés comme des activités économiques.

La notion peut donc évoluer selon qu'il existe ou non une offre privée rendant l'activité concurrentielle. En effet, il est du rôle de l'État d'intervenir pour pallier la carence du secteur privé. Mais, lorsque ce secteur privé commence à exister et devient une réalité, l'activité devient de nature économique et la puissance publique ne peut continuer à intervenir de la même façon.

## Les aides concernées

Seuls les avantages accordés directement ou indirectement au moyen de ressources d'État peuvent constituer des aides d'État au sens de l'article 107 du traité<sup>(4)</sup>.

Ce transfert de ressources d'État peut prendre de nombreuses formes, telles que des subventions directes, des crédits d'impôts et des avantages en nature. En particulier, le fait que l'État ne facture pas certains services aux prix du marché constitue un abandon de ressources d'État.

L'octroi sans appel d'offres, de droits équivalents à des titres d'occupation ou d'utilisation du domaine public ou d'autres droits spéciaux ou exclusifs ayant une valeur économique peut supposer un abandon de ressources d'État et procurer un avantage au bénéficiaire.

Les mécanismes de taxes parafiscales, notamment ceux organisés par les fonds de soutien professionnel, à partir du moment où ils sont obligatoires, sont considérés comme relevant des aides d'État.

### L'aide ayant un effet sur le commerce

Seules les compensations de service public susceptibles d'affecter ou de menacer d'affecter les échanges entre les États membres tombent sous le coup des aides considérées comme incompatibles par l'article 107 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

Par conséquent, dès lors qu'un marché s'ouvre à la concurrence, par la législation de l'Union, par la législation nationale ou *de facto* par l'évolution économique, les règles en matière d'aides d'État s'appliquent.

Selon la jurisprudence de la Cour de justice, il n'existe pas de seuil ou de pourcentage en dessous duquel on peut considérer que les échanges entre États membres ne sont pas affectés<sup>(5)</sup>. L'importance relativement faible d'une aide ou la taille relativement modeste de l'entreprise bénéficiaire n'exclut pas *a priori* l'éventualité que les échanges entre États membres soient affectés.

La Commission a cependant, dans plusieurs cas, conclu que les activités en cause avaient un caractère purement local et qu'elles n'affectaient donc pas les échanges entre États membres. Il s'agit, par exemple :

- des musées locaux peu susceptibles d'attirer les visiteurs étrangers<sup>(6)</sup> ;
- des événements culturels locaux dont le public potentiel se limite à la population locale<sup>(7)</sup>.

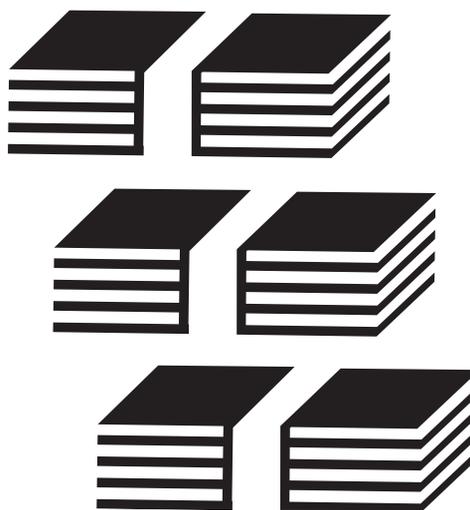
### Pour relever de cette réglementation, l'aide doit être d'un montant minimal

La Commission européenne a institué la notion d'aide *de minimis*<sup>(8)</sup>. Les aides n'excédant pas un plafond de 200 000 € par entreprise sur une période de trois exercices fiscaux sont présumées ne pas porter atteinte à la concurrence et ne tombent donc pas sous le coup de l'incompatibilité prévue à l'article 107 du TFUE. Pour vérifier si ce seuil est atteint, il est nécessaire de faire le cumul de toutes les aides directes ou indirectes versées à une même entreprise durant la période.

### La procédure de notification

Tout projet d'octroi d'une aide nouvelle doit être notifié en temps utile à la Commission par l'État

concerné, qui est obligé de fournir les renseignements nécessaires permettant à la Commission de prendre sa décision<sup>(9)</sup>. Comme une aide doit être notifiée, elle ne peut en principe être mise en œuvre que si la Commission a pris ou est réputée avoir pris une décision l'autorisant.



(1) Affaires jointes C-180/98 à C-184/98, *Pavlov e.a.* (Recueil 2000, p. I-6451).  
 (2) Arrêt du 16 juin 1987 dans l'affaire 118/85, *Commission c/ Italie* (Recueil 1987, p. 2599, point 7) ; arrêt du 18 juin 1998 dans l'affaire C-35/96, *Commission c/ Italie* (Recueil 1998, p. I-3851, point 36) ; affaires jointes C-180/98 à C-184/98, *Pavlov e.a.*, point 75.

(3) Voir, entre autres, l'arrêt du 11 septembre 2007 dans l'affaire C-318/05, *Commission c/ Allemagne* (Recueil 2007, p. I-6957, point 68). Voir également la décision de la Commission du 25 avril 2001 dans l'affaire N 118/00, Subventions publiques aux clubs sportifs professionnels, et la décision de l'Autorité de surveillance AELE dans l'affaire 681213 – Norvège – Nasjonal digital laeringsarena, 12.10.2011, p. 9.

(4) Arrêt du 7 mai 1998 dans les affaires jointes C-52/97 à C-54/97, *Viscido e.a.* (Recueil 1998, p. I-2629, point 13), et arrêt du 22 novembre 2001 dans l'affaire C-53/00, *Ferring* (Recueil 2001, p. I-9067, point 16). Voir aussi l'arrêt du 13 mars 2001 dans l'affaire C-379/98, *PreussenElektra / Schleswig* (Recueil 2001, p. I-2099).

(5) Affaire C-280/00, *Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg / Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, point 81.

(6) Décision de la Commission dans l'affaire N 630/03 – Italie – Aide en faveur des musées locaux de la Région Sardaigne (JO C 275 du 8 décembre 2005, p. 3).

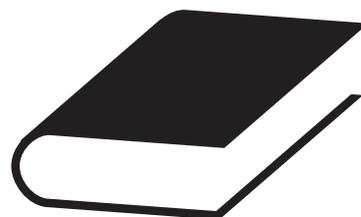
(7) Décision de la Commission dans l'affaire N 257/07 – Espagne – Subventions en faveur des productions théâtrales au Pays basque (JO C 173 du 26 juillet 2007, p. 2).

(8) Règlement (CE) n° 1998/2006 de la Commission du 15 décembre 2006 concernant l'application des articles 87 et 88 du traité aux aides *de minimis* (JO L 379 du 28 décembre 2006, p. 5).

(9) Règlement (CE) n° 659/1999 du Conseil, du 22 mars 1999, portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE (actuellement article 108).



# Les services économiques d'intérêt général



Les aides d'État sont en principe soumises à une procédure de notification à la Commission européenne<sup>(1)</sup> qui valide leur conformité avec les règles de l'Union, mais seulement à partir d'un certain seuil. Ce seuil, appelé seuil *de minimis*, est de 200 000 € par bénéficiaire sur trois exercices fiscaux. La Commission a promulgué en 2012 un règlement<sup>(2)</sup> organisant un seuil plus important, de 500 000 €, pour les entreprises fournissant des services économiques d'intérêt général (SEIG). Or, les entreprises culturelles peuvent parfois être considérées comme des SEIG.

## Subvention, aide d'État ou marché

Le règlement rappelle la différence entre subvention, marché et aide d'État, les subventions n'étant pas soumises à la réglementation des aides d'État. Cependant, lorsque l'association à laquelle la subvention est versée peut être considérée comme exerçant une activité économique, la subvention qui dépasse les seuils des aides *de minimis* n'est autorisée que si elle peut être regardée comme la compensation d'obligations de service public dans les conditions ci-après précisées.

Dans la pratique, de très nombreuses sommes versées dans le secteur culturel du spectacle et du patrimoine sous l'intitulé de subventions sont en réalité des

aides d'État illégales (voir article sur les subventions, rubrique « Décryptage » p. 8-9).

Selon la Cour de justice de l'Union européenne, dans la mesure où une intervention étatique doit être considérée comme une compensation représentant la contrepartie des prestations effectuées par les entreprises bénéficiaires pour exécuter des obligations de service public, de sorte que ces entreprises ne profitent pas, en réalité, d'un avantage financier et que ladite intervention n'a donc pas pour effet de mettre ces entreprises dans une position concurrentielle plus favorable par rapport aux entreprises qui leur font concurrence, une telle intervention ne tombe pas sous le coup de l'article 107, paragraphe 1, du traité et ne constitue donc pas une aide d'État.

## Les quatre conditions imposées par l'arrêt Altmark

- L'entreprise bénéficiaire doit effectivement être chargée de l'exécution d'obligations de service public, et ces obligations doivent être clairement définies.
- Les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation doivent être préalablement établis de façon objective et transparente, afin d'éviter qu'elle comporte un avantage économique susceptible de favoriser l'entreprise bénéficiaire par rapport à des entreprises concurrentes.
- La compensation ne saurait dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable.
- Lorsque le choix de l'entreprise à charge de l'exécution d'obligations de service public, dans un cas concret, n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public permettant de sélectionner le candidat capable de fournir ces services au moindre coût pour la collectivité, le niveau de la compensation nécessaire doit être déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée afin de satisfaire aux exigences de service public requises aurait encourus pour exécuter ces obligations, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations<sup>(3)</sup>.





### La subvention ne peut octroyer un avantage supérieur aux contraintes d'obligations de service public

La CJUE a énoncé un certain nombre de conditions à remplir pour que la compensation accordée pour la prestation d'un service d'intérêt économique général ne constitue pas une aide d'État. Ces conditions garantissent qu'une compensation se limitant aux coûts nets supportés par une entreprise efficace pour la prestation d'un service d'intérêt économique général ne constitue pas une aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, du traité. Toute compensation excédant ces coûts nets constitue une aide d'État qui peut être déclarée compatible avec le marché intérieur sur la base des règles applicables de l'Union.

### Les critères des SEIG

La Cour de justice a établi que les SEIG sont des services qui présentent des caractères spécifiques par rapport à ceux des autres activités de la vie économique<sup>(4)</sup>.

Les États membres sont libres de déterminer la façon dont il convient d'organiser et de financer leurs SIEG et de décider de la compensation à accorder au prestataire. En règle générale, une « *mission de service public particulière* » implique la prestation d'un service qu'un opérateur, s'il considérait son propre intérêt commercial, n'assumerait pas ou n'assumerait pas dans la même mesure ou dans les mêmes conditions. La Commission considère qu'il ne serait pas opportun d'assortir d'obligations de service public spécifiques une activité qui est déjà fournie ou peut l'être de façon satisfaisante et dans des conditions (prix, caractéristiques de qualité objectives, continuité et accès au service) compatibles avec l'intérêt général, tel que le définit l'État, par des entreprises exerçant leurs activités dans des conditions commerciales normales<sup>(5)</sup>. Quant à la question de savoir si un service peut être fourni par le marché, l'appréciation de la Commission se limite à vérifier que l'État membre n'a pas commis d'erreur manifeste.

### Le SEIG doit s'être vu confier une mission particulière

Cette mission doit respecter les conditions de l'arrêt Altmark : émaner d'un acte législatif, réglementaire ou d'un contrat. La commission exige que ce document

comprenne au moins les éléments suivants :

- le contenu et la durée des obligations de service public ;
- l'entreprise et, s'il y a lieu, le territoire concernés ;
- la nature de tout droit exclusif ou spécial octroyé à l'entreprise par l'autorité en cause ;
- les paramètres de calcul, de contrôle et de révision de la compensation ;
- les modalités de récupération des éventuelles surcompensations et les moyens d'éviter ces dernières.

### Interdiction des cumuls d'aides

Afin d'éviter que le règlement de 2012 ne soit appliqué dans le but de contourner les conditions énoncées dans l'arrêt Altmark et que des aides *de minimis* octroyées dans ce cadre n'affectent les échanges du fait de leur cumul avec d'autres compensations perçues pour le même service d'intérêt économique général, les aides *de minimis* octroyées au titre du règlement du 25 avril 2012 ne doivent être cumulées avec aucune autre compensation liée au même service, que celle-ci constitue ou non une aide d'État en vertu de l'arrêt Altmark ou une aide d'État compatible avec le marché intérieur en vertu de la décision 2012/21/UE ou de la communication de la Commission concernant l'encadrement de l'Union européenne applicable aux aides d'État sous forme de compensations de service public. En conséquence, il convient d'exclure du champ d'application du règlement du 25 avril 2012 les compensations perçues pour la prestation d'un service d'intérêt économique général pour lequel d'autres compensations sont également octroyées, excepté lorsque ces autres compensations constituent des aides *de minimis* accordées conformément à d'autres règlements *de minimis* et que les règles de cumul fixées dans le présent règlement sont respectées.

(1) Article 108, paragraphe 3, du TFUE.

(2) Règlement (UE) n° 360/2012 de la Commission du 25 avril 2012 relatif à l'application des articles 107 et 108 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides *de minimis* accordées à des entreprises fournissant des services d'intérêt économique général (*JOUE* du 26 avril 2012).

(3) CJUE, affaire C-280/00, point 81.

(4) CJUE, arrêt du 10 décembre 1991, affaire C-179/90, point 27 ; arrêt du 17 juillet 1997, affaire C-242/95, point 53 ; et arrêt du 18 juin 1998, affaire C-266/96, point 45.

(5) CJUE, arrêt du 20 février 2001, affaire C-205/99, point 71.



# Réglementation des aides d'État et associations

**Une circulaire du Premier ministre, destinée à clarifier les relations entre l'État, les collectivités locales et les associations, traite de façon générale de la distinction entre subventions, marchés et délégations de service public<sup>(1)</sup>. Cette circulaire s'impose en principe aux administrations d'État.**

Cette réglementation européenne dite des « aides d'État » s'applique à toute « entreprise » recevant un financement public, dès lors qu'elle exerce une activité « économique » d'intérêt général et ce, quel que soit son statut juridique (associatif ou autre) ou la façon dont elle est financée par la collectivité publique.

Dans la pratique, la grande majorité des activités exercées par les associations peuvent être considérées comme des « activités économiques », de sorte que les aides publiques qui y sont apportées doivent respecter la réglementation européenne sur les aides d'État. Le Premier ministre rappelle que les associations bénéficiant de moins de 200 000 € de subvention sur trois ans ne relèvent pas des aides d'État. Ce seuil doit être apprécié toutes subventions confondues en intégrant les facilités accordées à titre gratuit par les collectivités publiques (mise à disposition de locaux, de personnel ou de matériel, etc.). Le Premier ministre indique ensuite que le concours financier pour une association exerçant une activité économique d'intérêt général n'est acceptable que s'il peut être regardé comme la compensation d'obligations de service public. Il faut alors que certaines conditions soient réunies :

- l'association est explicitement chargée, par un acte unilatéral (loi, règlement ou délibération d'une collectivité territoriale) ou contractuel, de l'exécution d'obligations de service public, clairement définies dans leur consistance, leur durée et leur étendue ;
- les paramètres sur la base desquels la compensation financière de l'exécution d'obligations de service public est calculée ont été préalablement établis, de façon objective et transparente ;
- la compensation financière versée en regard des obligations ainsi mises à la charge de l'association est à la fois strictement proportionnée aux coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public assurées et périodiquement contrôlée et évaluée par la collectivité pour éviter la surcompensation.

Le Premier ministre fait donc sienne la jurisprudence Altmann et indique que, si ces conditions sont remplies, la subvention est compatible avec la réglementation des aides d'État, sous réserve de notification à la Commission européenne si les aides excèdent 30 millions d'euros par an ou que le chiffre d'affaires n'a pas dépassé 100 millions d'euros par an pendant les deux exercices précédents.

Il rappelle que, lorsque l'on se situe dans ce cadre, la subvention peut donc constituer un mode de financement légal dans le cadre d'un service d'intérêt économique général. La collectivité doit « simplement » définir, dans son acte unilatéral ou contractuel de mandat, la mission de service d'intérêt économique général ainsi que les paramètres pour le calcul de la compensation et les sauvegardes associées.

Notre expérience nous amène à penser que le terme « simplement » utilisé par le Premier ministre couvre toute la difficulté de l'exercice.

Ni les collectivités locales, ni le ministère de la Culture ne nous semblent équipés pour mener l'analyse économique de la juste compensation qu'impliquent le recours à la subvention et la conclusion de conventions respectueuses du droit européen. La question de la compétence n'est pas seule en cause. Dans la pratique, la majorité des subventions au monde culturel sont distribuées sans aucune évaluation économique. La plupart de ceux qui réfutent cette évaluation ont souvent tout à y perdre. D'autant que, conformément à la jurisprudence, la subvention ne doit pas uniquement permettre à l'entreprise de vendre moins cher que l'entreprise concurrente non subventionnée. La subvention doit aussi respecter le droit français.

Première contrainte qui valide le recours au subventionnement d'une association : l'association doit être à l'initiative du projet. Cette condition met en péril les nombreuses subventions à des associations qui sont

en réalité des modes d'intervention de la puissance publique, couramment nommées « associations transparentes ». Le Premier ministre rappelle les deux critères autorisant la qualification de « subvention » :

**a) Le projet émane de l'association et ne donne pas lieu à contrepartie directe pour la collectivité publique**

Cette condition est remplie si l'association porte un projet dont elle est à l'initiative : ceci signifie qu'elle ne répond pas à un besoin préalablement défini par la collectivité publique, pour le compte de laquelle elle agirait comme un prestataire rémunéré, avec une contrepartie directe.

La circulaire indique, par exemple, qu'il est admis qu'une collectivité publique puisse accorder une subvention à une association pour organiser une fête du livre, dès lors que cette action est une initiative de l'association et non une manifestation en réalité conçue pour le compte de la collectivité. Une telle initiative privée répond en effet à des objectifs d'intérêt général, poursuivis par la collectivité, qui justifient le subventionnement.

Par contre, quand le ministère de la Culture crée une association pour gérer la Fête du livre, décidée par le ministre, nous ne sommes pas certains d'être encore dans la légalité républicaine...

**b) Le projet développé par l'association s'inscrit dans le cadre d'un appel à projets lancé par une collectivité publique**

En pareille hypothèse, la collectivité lance un appel à projets qui lui permet de mettre en avant un certain nombre d'objectifs. Il s'agit de définir un cadre général, une thématique. Les associations sont invitées à présenter des projets s'inscrivant dans ce cadre. Mais ce sont bien elles qui prennent l'initiative de ces projets et en définissent le contenu.

Dans le cadre des appels à projets, la collectivité publique a identifié une problématique mais n'a pas défini la solution attendue. Cela les différencie d'un marché dont le besoin est clairement identifié.

### Distinction entre subvention et commande publique

Dans une commande publique, c'est la collectivité qui est à l'initiative du projet.

### Le marché public

Le marché public vise à répondre à un besoin de la collectivité et donne lieu à la rémunération d'une



prestation. Un marché public est un contrat conclu à titre onéreux entre un pouvoir adjudicateur (État, collectivités territoriales, établissements publics) et un opérateur économique, qu'il soit public ou privé, pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services. Le marché implique un lien direct entre les sommes versées et les prestations réalisées et une contrepartie directe pour la personne publique ou le bénéfice d'un avantage immédiat.

### La délégation de service public

La personne publique confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service.

Le Premier ministre semble cependant croire que tout est simple. Il ne se rend pas compte que ni les collectivités territoriales, ni les administrations, ni la plupart des entreprises concernées ne disposent des outils leur permettant de respecter ce cadre. Le problème ne vient pas de l'encadrement des situations correspondant à ce que décrit la circulaire, mais de l'encadrement de situations qui ne correspondent à aucun de ces cadres.

**L'État reconnaît le cadre juridique européen ; il lui reste à admettre la réalité française.**

(1) Circulaire du 18 janvier 2010 relative aux relations entre les pouvoirs publics et les associations : conventions d'objectifs et simplification des démarches relatives aux procédures d'agrément (JORF du 20 janvier 2010).

# Licence d'entrepreneur de spectacles et directive services

**La France n'a pas supprimé la licence d'entrepreneur de spectacles et s'est contentée de toiletter la réglementation par une loi dite « de transposition » du 23 janvier 2011. Le ministère de la Culture considère que le législateur a respecté les principes posés par la « directive services »<sup>(1)</sup> et qu'il existerait des raisons impérieuses d'intérêt général justifiant le maintien de cette réglementation.**

Si le système de contrôle des entreprises de spectacles existe toujours d'un point de vue formel, cette réglementation n'est plus d'aucune efficacité sur le plan juridique. En effet, toute décision de refus de licence ou de renouvellement, de retrait de licence encourt le risque quasi certain d'une annulation par le juge administratif pour non-respect des dispositions de la « directive services »<sup>(2)</sup>. Le Conseil d'État considère que le non-respect d'une directive européenne constitue une atteinte suffisamment grave à l'intérêt public pour justifier la condition d'urgence nécessaire à une mesure de suspension<sup>(3)</sup>. Il est donc possible de faire suspendre une décision relative à la mise en œuvre de cette réglementation dans un bref délai (quelques jours si la décision a pour effet d'interdire des représentations).

## Les conditions permettant le maintien d'une réglementation

Le système d'autorisation préalable à l'établissement d'un prestataire de services est incompatible avec le droit communautaire lorsqu'il existe déjà un contrôle *a posteriori* efficace permettant de réaliser l'objectif poursuivi<sup>(4)</sup>.

Le considérant n°15 de la directive impose le respect de l'exercice des droits protégés par la Charte des droits fondamentaux qui proclame à son article 13 que les arts sont libres. Le Parlement européen précise que la liberté des arts ne doit pas être davantage encadrée que la liberté d'expression, ce qui exclut tout contrôle *a priori*.

L'article 52 paragraphe 1<sup>er</sup> de la Charte énonce que : « Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui ».

## Les raisons impérieuses d'intérêt général

Cette notion s'entend<sup>(5)</sup> « des raisons reconnues comme telles par la jurisprudence de la Cour de justice, qui incluent les justifications suivantes : l'ordre public, la sécurité publique, la santé publique, la préservation de l'équilibre financier du système de Sécurité sociale, la protection des consommateurs, des destinataires de services et des travailleurs, la loyauté des transactions commerciales, la lutte contre la fraude, la protection de l'environnement et de l'environnement urbain, la santé des animaux, la propriété intellectuelle, la conservation du patrimoine national historique et artistique, des objectifs de politique sociale et des objectifs de politique criminelle ».

Si cette notion couvre « la protection (...) des objectifs de politique culturelle, y compris la sauvegarde de la liberté d'expression de différentes composantes », elle ne doit être mise en œuvre que pour défendre la liberté d'expression et notamment la liberté des arts.

La Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles a été intégrée au droit de l'Union par la décision du Conseil 2006/515/CE du 18 mai 2006.

Or, selon son article 6, constituent au niveau national des politiques et des mesures culturelles destinées à protéger et promouvoir la diversité des expressions culturelles sur le territoire d'un État :

« c) les mesures qui visent à fournir aux industries culturelles nationales indépendantes et aux activités du secteur informel un accès véritable aux moyens de production, de diffusion et de distribution d'activités, biens et services culturels ; (...)

e) les mesures qui visent à encourager les organismes à but non lucratif, ainsi que les institutions publiques et privées, les artistes et les autres professionnels de la culture, à développer et promouvoir le libre échange et la libre circulation des idées et des expressions culturelles



*ainsi que des activités, biens et services culturels, et à stimuler la création et l'esprit d'entreprise dans leurs activités (...).* »

Les dispositions relatives à la licence qui visent à restreindre l'accès à la profession de producteur de spectacles sont donc contraires à la convention internationale sur la diversité culturelle et ne peuvent donc en aucun cas constituer un motif impérieux d'intérêt général.

En tout état de cause, un motif impérieux d'intérêt général ne peut fonder une restriction que si celle-ci est nécessaire, c'est-à-dire s'il n'existe pas déjà par ailleurs des réglementations ayant la même finalité. En l'espèce, il existe une administration du travail et des tribunaux prud'homaux chargés de contrôler le respect du Code du travail et des obligations en matière de sécurité au travail, des dispositifs et des tribunaux chargés de contrôler le respect de la réglementation du chômage des artistes et techniciens du spectacle, des juridictions de Sécurité sociale.

Par ailleurs, la réglementation française organise déjà des mécanismes de prévention des irrégularités en matière sociale, notamment en exigeant que chaque salarié fasse l'objet d'une déclaration préalable à l'embauche<sup>(6)</sup>.

Dans le domaine culturel, les sanctions du recours au travail dissimulé prévoient à titre de peine complémentaire l'impossibilité pour l'employeur de bénéficier des subventions et aides à caractère public attribuées par le ministère de la Culture et de la Communication, y compris par les directions régionales des Affaires culturelles et Pôle emploi, pendant une durée maximale de cinq ans<sup>(7)</sup>.

Dans son arrêt du 15 juin 2006<sup>(8)</sup>, la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) a considéré qu'en l'absence de soupçon général de travail dissimulé « *ainsi que le suggère la Commission, il suffirait d'instaurer un régime de contrôle a posteriori accompagné de sanctions dissuasives pour éviter et identifier des cas individuels d'utilisation de faux statuts d'amateur ou de bénévole pour lutter efficacement contre le travail dissimulé* ».

Il existe déjà une réglementation : sur les établissements recevant du public, sur les manifestations publiques, en matière de sécurité – dont une procédure de contrôle préalable à l'ouverture d'un établissement –, sur les conditions de construction et d'aménagement,



et une procédure de contrôle en cours d'exploitation, assortie de sanctions pouvant aller jusqu'à la fermeture de l'établissement.

Il existe des tribunaux spécialisés pour connaître des contentieux en matière de propriété intellectuelle, un Code de commerce, un Code de la consommation, des tribunaux de commerce, un ministère et une administration de la Justice, un ministère de l'Intérieur, des services de police, plusieurs administrations spécialisées en matière de fraude.

Cette réglementation n'a donc aucune nécessité au sens imposé par la Cour de justice de l'Union européenne.

(1) Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, dite « directive services ».

(2) TA Paris, ord. du 13 mars 2012, n° 120362/9. Le non-respect des dispositions de l'article 14 de la directive qui interdisent la présence d'opérateurs économiques concurrents, outre le non-respect du principe du contradictoire organisé par l'article 24 de la loi du 12 avril 2000 sur les relations entre les citoyens et leur administration, créent un doute sérieux justifiant la suspension d'une décision de retrait de licence.

(3) CE, 14 février 2013, n° 365459.

(4) Article 9, §1, de la directive 2006/123/CE.

(5) Article 4, 8°, de la directive services.

(6) Art. L. 8221-5 du Code du travail et art. L. 8224-1 et suivants du Code du travail.

(7) Art. L. 8272-1, 10° du Code du travail.

(8) CJCE, 15 juin 2006, C-255/04, considérant 52.



# Protection et promotion de la diversité des expressions culturelles & droit de l'Union

**Les dispositions de la convention de l'Unesco de 2005 sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles s'imposent à l'Union et à tous ses États membres. Et ne vont pas exactement dans le sens de la politique française de subventionnement et d'interventions publiques...**

Le champ d'application de cette convention s'étend aux politiques et aux mesures relatives à la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles (article 3 de la convention, p. 19), à savoir aux « politiques et mesures relatives à la culture, à un niveau local, national, régional ou international, qu'elles soient centrées sur la culture en tant que telle, ou destinées à avoir un effet direct sur les expressions culturelles des individus, groupes ou sociétés, y compris sur la création, la production, la diffusion et la distribution d'activités, de biens et de services culturels et sur l'accès à ceux-ci<sup>(1)</sup> ». L'article 5 relatif à la « règle générale concernant les droits et obligations » des parties à la convention prévoit que les politiques et les mesures prises par un État pour protéger et promouvoir la diversité des expressions culturelles sur son territoire doivent être compatibles avec les dispositions de la convention. Parmi les principes directeurs énoncés à l'article 2 de la convention, figure :

« 1. Principe du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

*La diversité culturelle ne peut être protégée et promue que si les droits de l'homme et les libertés fondamentales, telles que la liberté d'expression, d'information et de communication, ainsi que la possibilité pour les individus de choisir les expressions culturelles, sont garantis. Nul ne peut invoquer les dispositions de la présente Convention pour porter atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales tels que consacrés par la Déclaration universelle des droits de l'homme ou garantis par le droit international, ou pour en limiter la portée. »*

Or, la Déclaration universelle des droits de l'homme considère notamment « qu'il est essentiel que les droits de l'homme soient protégés par un régime de droit pour que l'homme ne soit pas contraint, en suprême recours, à la révolte contre la tyrannie et l'oppression ».

Au sens de cette convention, il ne peut donc y avoir de diversité culturelle sans État respectueux de l'État de droit, et l'exception culturelle ne saurait fonder une quelconque réglementation discrétionnaire. L'exception culturelle ne peut donc être légitime si elle est fondée sur la négation de la règle de droit. Selon les termes de l'article 6 de la convention, constituent au niveau national des politiques et des mesures culturelles destinées à protéger et promouvoir la diversité des expressions culturelles sur le territoire d'un État :

« a) les mesures réglementaires qui visent à protéger et promouvoir la diversité des expressions culturelles ; [...]

c) les mesures qui visent à fournir aux industries culturelles nationales indépendantes et aux activités du secteur informel un accès véritable aux moyens de production, de diffusion et de distribution d'activités, biens et services culturels ; [...]

e) les mesures qui visent à encourager les organismes à but non lucratif, ainsi que les institutions publiques et privées, les artistes et les autres professionnels de la culture, à développer et promouvoir le libre échange et la libre circulation des idées et des expressions culturelles ainsi que des activités, biens et services culturels, et à stimuler la création et l'esprit d'entreprise dans leurs activités ; [...]

g) les mesures qui visent à encourager et soutenir les artistes ainsi que tous ceux qui sont impliqués dans la création d'expressions culturelles ; [...]. »

En outre, l'article 7, paragraphe 1-a), de la convention dispose que les États « s'efforcent de créer sur leur territoire un environnement encourageant les individus et les groupes sociaux à créer, produire, diffuser et distribuer leurs propres expressions culturelles et à y avoir accès ».

Contrairement à ce que l'on a pu lire, cette convention



ne fonde aucunement la politique française de subventionnement et d'interventions publiques. On pourrait même dire, au contraire, qu'elle la condamne, du moins chaque fois que ces politiques n'ont pas de base légale, ce qui est le cas, à titre d'exemples, de la presque totalité des « labels »<sup>(2)</sup>. En effet, si l'article 6.c de la convention autorise les États à prendre des mesures qui visent à accorder des aides financières publiques, l'article 20.2 précise que « rien dans la convention ne peut être interprété comme modifiant les droits et obligations des Parties au titre d'autres traités auxquels elles sont parties ». Cette convention rappelle clairement que les politiques culturelles doivent respecter les dispositions des traités de l'Union européenne qui encadrent le recours aux aides d'État et sanctionnent les cartels et les ententes (dénommés « réseaux » en langage culturel) qui faussent la concurrence des idées et des

tendances artistiques, les biens et services culturels ayant aussi une nature économique.

Contrairement à ce que l'on a pu lire, cette convention ne fonde aucunement la politique française de subventionnement et d'interventions publiques. On pourrait même dire, au contraire, qu'elle la condamne, du moins chaque fois que ces politiques n'ont pas de base légale, ce qui est le cas, à titre d'exemples, de la presque totalité des « labels ».

(1) Article 4, § 6, de la convention.

(2) Seul le label « Musée de France » a une base légale, et encore ses conditions de délivrance qui font intervenir des opérateurs concurrents sont-ils contraires à la directive services et au décret n° 2006-672 du 8 juin 2006 relatif à la création et à la composition des commissions administratives à caractère consultatif. Aucun des autres labels n'a de base légale.

# Le Sénat prend conscience de l'importance du droit communautaire

En avril 2012, un groupe de travail missionné par la Commission de la culture, de l'éducation et de la communication du Sénat a publié une note de synthèse fort intéressante sur l'influence du droit communautaire sur le financement des services culturels par les collectivités territoriales<sup>(1)</sup>, en réaction aux inquiétudes des élus à propos de l'insécurité juridique dans laquelle se trouvent de nombreux opérateurs du secteur culturel.

Le droit communautaire pourrait ainsi de manière totalement « inattendue » influencer le financement des services culturels en France, constituant une avancée majeure en la matière.

## Une prise de conscience tardive de l'impact du droit communautaire

La construction communautaire affecte pourtant depuis de nombreuses années la liberté des collectivités territoriales dans leur activité d'attribution d'aides, puisqu'elle impose le respect d'une « économie de marché ouverte à la concurrence<sup>(2)</sup> ».

Parmi les divers arguments avancés dans la note, les intéressés assimilerait difficilement le secteur culturel à une sphère économique, la plupart des activités culturelles depuis cinquante ans étant menées par le biais d'associations. Les sénateurs ont toutefois oublié de s'interroger sur la légalité de nombre de ces associations culturelles créées selon la loi de 1901 par les pouvoirs publics ou des particuliers et qui sont radicalement illégales en application de l'article 3 de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 sur le contrat d'association et passibles des sanctions prévues par l'article L. 432-2 du Code pénal. L'État, qui gère les registres des associations, n'effectue pas de contrôle sérieux sur la légalité des associations déclarées.

## Risque de requalification en marché public ou en délégation de service public

Au niveau européen, la jurisprudence de la Cour de justice a consacré l'existence de grands principes de la commande publique découlant des règles fondamentales du traité et du principe de non-discrimination en raison de la nationalité. Ces principes impliquent

notamment une obligation de transparence<sup>(3)</sup>. Le Conseil constitutionnel a reconnu l'importance de ces principes, découlant des articles 6 et 14 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, à valeur constitutionnelle<sup>(4)</sup>. Les autorités publiques sont tenues de les respecter lorsqu'elles souhaitent contracter avec des tiers.

Au sujet des options ouvertes aux personnes publiques lorsqu'elles souhaitent soutenir financièrement le secteur culturel, la note indique clairement qu'elles peuvent recourir à la **subvention** tout en respectant le droit communautaire, qui impose le respect des critères du mandatement, des règles de la juste compensation dégagée par la jurisprudence Altmark<sup>(5)</sup> et des obligations de service public. La note de synthèse précise que le droit français, quant à lui, limite ce moyen de financement aux projets qui ont été engagés à la *seule initiative de l'association*. Sur ce point, si la circulaire



de 2010 rappelle ce principe, c'est parce qu'elle n'ose pas rappeler que les autres associations, notamment celles créées par les collectivités publiques, sont illégales. Mais, si l'initiative vient de la personne publique, les règles de la commande publique s'imposent, celle-ci doit alors recourir à un contrat : soit un **marché public**, soit une **délégation de service public**. D'après la note, il serait également possible, lorsque le projet émane de deux volontés, qu'une **convention de « partenariat »** soit conclue et, à ce titre, elle précise que la circulaire de 2010<sup>(6)</sup> préconise le recours à la « convention d'objectifs ». Elle ajoute tout de même que « *beaucoup d'acteurs culturels estiment que ce texte reste imprécis et ne constitue pas une base juridique fiable* » ! Nous partageons totalement cette analyse.

### La « solution » : réaffirmer le principe de l'exception culturelle

*Au niveau européen*, le groupe de travail souhaite encourager les autorités publiques à faire « de l'influence » afin de mieux défendre les spécificités françaises en matière de financement public du secteur culturel, qui sont loin des grands principes de transparence et de mise en concurrence imposés par l'Union européenne. Il y a bien sûr l'idée d'une exemption de notification des aides dans le cadre d'un service public culturel, ce qui résoudrait une bonne partie du problème des collectivités territoriales. Le groupe de travail appelle donc à une mobilisation des élus sur ce sujet afin de convaincre, en collaboration avec l'État (puisque seul l'État est apte à notifier les aides)<sup>(7)</sup>, les autorités européennes.

*Au niveau national*, le groupe de travail exige une révision de la circulaire de 2010 relative aux relations entre les pouvoirs publics et les associations, afin de clarifier les règles juridiques entourant le financement du secteur culturel. Cette conclusion est surprenante. En principe, une circulaire n'établit pas de norme, celle-ci ne fait que rappeler des normes supérieures qu'il est nécessaire de respecter en indiquant un mode d'emploi. En clair, le groupe de travail conclut à ce que la circulaire dise qu'il n'est pas nécessaire d'appliquer les normes !

Bien que l'ensemble de la note rendue par le groupe de travail semble alarmante sur la non-conformité au droit de l'Union européenne des pratiques en France en matière de financement, et préconise de ce fait un énorme travail d'influence au niveau européen, il tente d'assurer aux élus et aux professionnels de la



culture que les risques juridiques encourus sont limités. Lionel Jospin, lorsqu'il était Premier ministre, avait utilisé le terme d'« exemption culturelle » au lieu de celui d'« exception ». C'est en effet ce qui devrait être préconisé, c'est-à-dire l'énoncé de règles spécifiques à la culture et ne pas déduire de cette « exception culturelle » une raison d'être et d'exister en dehors de toute réglementation. La difficulté de l'exercice, c'est qu'aucune loi ne peut organiser le discrétionnaire.

(1) Note de synthèse du groupe de travail sur l'influence du droit communautaire sur le financement des services culturels par les collectivités territoriales, du 4 avril 2012, sur le site de la commission culture du Sénat.

(2) Le traité de Maastricht, signé le 7 février 1992 et entré en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 1993, exige que la Communauté et les États instaurent une « politique économique [...] conduite conformément au respect du principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre » (article 6 B 3).

(3) CJUE, 23 avril 1991, *Hofner*, C-41/90.

(4) DC du 26 juin 2003, considérant 10.

(5) Affaire C-280/00, *Altmark*, point 8.

(6) Circulaire du 18 janvier 2010 relative aux relations entre les pouvoirs publics et les associations (*JORF* du 20 janvier 2010, p. 1138).

(7) Article L. 1511-1 du Code général des collectivités territoriales.



# WEKA

Éditions WEKA  
249, rue de Crimée  
75935 Paris Cedex 19  
Tél. : 01 53 35 17 17  
Fax : 01 53 35 17 01  
www.weka.fr

**L'Action Culturelle en Coulisse**  
N° 48 Juin 2013

Directeur de publication :  
**Robin Dualé**

Éditeur :  
**Philibert Adamon**  
padamon@weka.fr

Rédaction :  
**Roland Lienhardt**

Ont participé à ce numéro :  
**Jean-Louis Bischoff**  
Institut Chateaubriand,  
centre de recherches  
et d'études de l'EAC

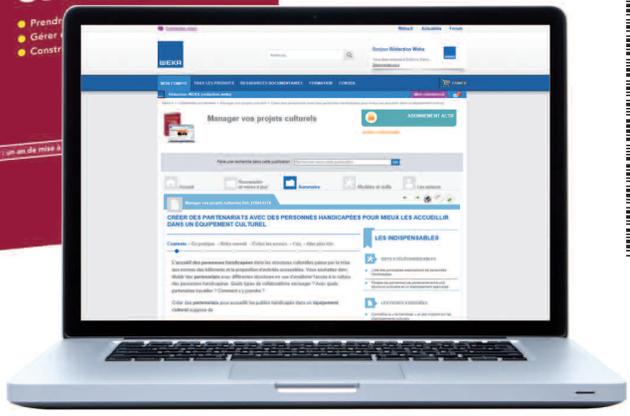
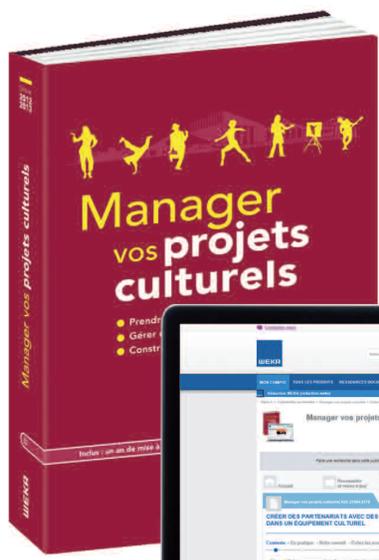
Chargée de publication :  
**Marie-Pascale Bonnard**

Maquette :  
**Studio 2a**  
Alain Alvarez  
studio2a@wanadoo.fr

Impression :  
**ISI Print**  
93210  
La Plaine Saint-Denis

ISSN 1961-0432

## La lettre d'information l'Action Culturelle en Coulisse dans le cadre de l'abonnement au service documentaire WEKA



\* 2 1 1 6 4 3 1 0 4 8 \*

- Les Éditions WEKA, un nouveau service documentaire complet :**
- l'ouvrage, une sélection de 120 fiches et outils actualisés une fois par an
  - le site des abonnés, plus de 300 fiches et outils actualisés en permanence et *Le Forum des acteurs publics*
  - des ouvrages brochés
  - la lettre d'information *L'Action Culturelle en Coulisse*



Plus d'information sur : **www.weka.fr**  
ou au **01 53 35 17 17**

# WEKA

